

# De l'indemnisation du dommage pour fait illicite ou pour inexécution et du dommage pour le retard dans l'exécution de l'indemnisation

1. – La décision en examen élargit le discours de l'indemnisation d'un bien exproprié de manière illégitime à l'indemnisation du dommage en général.

Elle pose une déclaration de principe d'extrême importance, en affirmant qu'au moment de la liquidation du dommage nous ne nous trouvons pas devant un dommage unique, mais devant deux dommages différents, absolument distincts l'un de l'autre, réclamant des indemnisations elles aussi différentes.

Le premier dommage dérive d'un fait illicite ou de l'inexécution, tandis que le second dérive, au contraire, du retard avec lequel l'indemnisation a été exécutée.

A ce sujet, la Cour Suprême affirme correctement «la pleine autonomie sur le plan conceptuel et de la discipline positive différente du retard, par rapport à l'inexécution».

Dans le cas d'un bien exproprié illégitimement, la Cour identifie le dommage de base «dans la valeur du bien économique perdu»

---

De «*Giurisprudenza italiana*», 1991, I, 1, p. 1227 et suivantes et de «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Cedam 1994.

*Cet écrit commente la décision suivante :*

COUR DE DI CASSATION, 1<sup>ère</sup> Ch., 20.6.1990, n° 6209, Pres. Granata, Est. Carbone, P.M. Amirante (Concl. part. diff.) ; ANAS c/ Scopelliti: «*Le dommage d'inexécution doit être liquidé en référence au jour où il se vérifie et non pas au jour de la liquidation. Le dommage de retard consiste dans la perte de l'utilitas que le créancier aurait obtenu de la somme due, à la place du bien si la somme lui avait été prêtée et elle doit être indemnisée de manière équitable avec les intérêts légaux et, en cas de perte du pouvoir d'achat de la monnaie, avec la réévaluation. Les intérêts ne doivent pas être rapportés au jour final de l'estimation, mais aux divers changements successifs du pouvoir d'achat périodique*».

qui doit être évalué «en se référant au jour de la perte subie».

Ce qui dérive, au contraire, du retard est correctement défini comme «la déséconomie qui repose sur le créancier, pour la jouissance manquée au moment opportun de l'équivalent en argent du bien lésé».

Cela équivaut à estimer, en général, le dommage pour fait illicite ou d'inexécution, au jour où il se vérifie et non pas à la décision (*rei iudicandae tempus*).

Le dommage de retard, se traduit, comme le dit la Cour Suprême, «dans la perte de cette *utilitas* que le créancier aurait obtenu de la somme due à l'origine à la place du bien» et qui s'étend sur toute la durée du retard jusqu'à l'exécution concrète de l'indemnisation.

Ces propositions ont un précédent dans la décision du Trib. Rome, 22 février 1988, dans *Foro italiano* 1989, I, p. 255, avec notes et rappels dans *Foro italiano* 1989, I, p. 1988.

Cette façon de penser est partagé par l'auteur de ces lignes qui l'avait anticipé dans un autre écrit en 1981 <sup>(1)</sup> et qui l'a approfondi et confirmé dans des écrits ultérieurs <sup>(2)</sup>.

Cette distinction des deux différents types de dommages, (qui plus est celui de retard est présumé fautif, à la différence du dommage pour fait illicite ou d'inexécution, parce que cette dernière peut être dolosive ou fautive) ne constitue pas le seul mérite de cette décision.

La Cour Suprême a senti aussi l'exigence d'approfondir ces mêmes dogmes traditionnels qui dominent dans la responsabilité civile et s'est posée correctement le problème de la justification de la dette dite de valeur dans notre ordre juridique.

À ce sujet, cette autre étape où elle écrit «personne ne veut nier l'origine empirique et casuistique de la catégorie de la dette de valeur qui, bien que contrecarrée d'un point de vue conceptuel, continue de démontrer une remarquable capacité

---

(1) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, dans *Foro italiano*, 1981, I, p. 2112 et suivantes

(2) G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, dans *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 31 et suivantes ; Id., *Indennizzo e lucro del creditore nella stima del danno*, dans *Quadrimestre*, 1986, p. 681 ; Id., *Il problema degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, dans *Resp. civile e prev.*, 1987, p. 3 et suivantes ; dans *Foro it.*, 1986, I, p. 1540 et suivantes et dans, *céans*, 1988, I, p. 2318 et suivantes.

d'expansion, en se légitimant sur le terrain de l'efficacité jurisprudentiel», revêt une grande importance.

Pour qui est critique depuis longtemps envers cette catégorie, non seulement sur le plan conceptuel – comme l'auteur de ces lignes – il apparaît de manière significative que la Cour Suprême s'est abstenue de prendre la défense de cette catégorie sur le plan dogmatique.

Le critique est toujours plus convaincu qu'une dette qui a pour objet une valeur ou une monnaie abstraite n'est pas envisageable, cette dernière pouvant être considérée comme un étalon de mesure de celle ayant cours légal puisque, du fait du principe nominaliste *mensura et mensuratum*, elles coïncident.

De la même manière, le fait que le débiteur, qui n'a pas à se trouver en retard, doit verser de l'argent réévalué au créancier, se trouve aux antipodes de notre système et cela est encore plus inconcevable si c'est le créancier lui-même qui est en retard, pour avoir refusé l'offre réelle d'une somme qui se révélera par la suite adéquate.

L'obligation non liquide – selon sa ferme conviction – est une obligation pécuniaire et elle est régie par une réglementation spécifique.

L'unique actualisation envisageable dans le temps, des valeurs exprimées en tout état de cause en monnaie, est celle constituée par le calcul du simple manque à gagner de la quantité de monnaie (*quod interest* selon le *quod plerumque accidit*) dans la période considérée.

Le recours à des constructions théoriques du type de celle de la dette de valeur, pouvait avoir sa justification comme remède équitable inéluctable, dans les systèmes et les périodes qui connurent l'expérience de l'hyperinflation (en lien avec l'augmentation de la rentabilité normale de l'argent pendant le retard) et elles n'avaient, cependant, pas d'autre indemnisation légale que l'intérêt inadéquat de 5 % à leur disposition.

Ce fut le cas emblématique de l'Allemagne dans les années 20 et de nombreux autres pays touchés par l'hyperinflation <sup>(3)</sup>.

---

(3) G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milan, 1924, p. 130 et suivantes ; C.L. HOLTFRERICH, *L'inflazione tedesca*, 1914-23, Bari, 1989, p. 301.

Une telle exigence n'a plus de raison d'être après l'introduction de règles admettant «l'indemnisation du dommage supplémentaire de retard» dans plusieurs ordres juridiques, permettant ainsi d'actualiser la dette sur la base de la rentabilité normale globale de l'argent (art. 1224, alinéa 2, du CC, art. 106 du Code des obligations suisse, art. 1153 du CC français, etc.).

Sans s'en rendre compte, la décision en examen abandonne pour autre chose, sur le plan opérationnel même, la méthode «valoristique» lorsqu'elle est obligée d'affirmer, pour des raisons d'équité, qu'il faut procéder à «une réévaluation progressive» du dommage, pour la période postérieure à sa vérification et non pas à un versement unique à partir de celle-ci jusqu'à la liquidation.

Ceci, afin également de calculer les intérêts légaux.

Cela équivaut à attribuer – comme nous l'expliquerons – à l'obligation de dédommagement, le caractère de dette pécuniaire indexée plutôt que de dette de valeur mais la solution reste, cependant, inacceptable aussi bien parce qu'elle n'est légitimée par aucune norme, que parce qu'elle conduit à des résultats supérieurs allant même jusqu'au cumul de la réévaluation et des intérêts.

En analysant les intérêts monétaires, en qualifiant les intérêts de compensatoires au lieu de moratoires, la Cour Suprême fait un pas en arrière par rapport à la décision précédente n° 3352 de 1989 <sup>(4)</sup>.

Elle reconnaît, par ailleurs, que ces intérêts ne sont justifiés «par aucune norme» et qu'ils se basent seulement sur l'équité.

Ce rappel à l'équité paraît être un critère, d'un côté trop générique et, de l'autre, en contraste avec la solution opposée de la décision n° 5299 de 1989 <sup>(5)</sup> de l'Assemblée plénière qui exclut le cumul de la réévaluation et des intérêts, dans le cas de créanciers en valeur et même dans le cas du retraité. La différence de traitement et le caractère virtuellement inconstitutionnel d'un tel critère minent à la base le rappel à l'équité.

En raison de l'importance des arguments traités, il est nécessaire d'affronter un discours qui ne sera pas nécessairement bref.

2. – Commençons par cette partie de la décision dans laquelle, après avoir distingué correctement les deux types de dommages, elle affirme que celui pour fait illicite ou d'inexécution doit être estimé selon les valeurs en cours au jour de sa vérification.

---

(4) Cass. civ., 18 juillet 1989, n° 3352, dans *Foro it.*, 1990, I, p. 933.

(5) Cass. civ., Ass. plén., 1<sup>o</sup> décembre 1989, n° 5299, dans *Foro it.*, 1990, I, p. 427.

La directive de la Cour Suprême, à ce sujet, est non équivoque et péremptoire.

Elle affirme de façon répétée, pour un cas d'espèce qui se prêtait à une liquidation enclive à la *rei aestimatio*, que «la valeur économique qu'il faut attribuer au bien au jour de la vérification de la perte appartient au privé».

Et que, de manière très claire, la déséconomie «doit être liquidée non pas en référence à la valeur en cours au jour de la liquidation, mais par rapport à la valeur qui a été estimée au jour de la vérification» de la perte.

Ceci signifie exclure une fois pour toute la référence au *tempus rei iudicandae*.

Ce courant de pensée a été anticipé par l'auteur de ces lignes dans «*Il tempo di riferimento nella stima del danno*» et dans les autres écrits auxquels il renvoie, en adhérant, bien évidemment, à cette décision.

C'est d'ailleurs un contresens de supposer la conservation de l'investissement dans le bien, en nature, pour postuler la liquidation du dommage sur la base des prix en cours à la décision et, en même temps, de le considérer converti en somme liquide, légitimant ainsi la jouissance *medio tempore* des intérêts légaux pour le paiement en retard de l'indemnisation (6).

Luminoso a récemment repropilé en doctrine (particulièrement pour le dommage pour résiliation contractuelle) l'opinion favorable à la fixation de l'estimation au jour de la décision, même si cela se place «dans une ligne tendancielle».

Avec la solution adoptée maintenant par la Cour Suprême, il a été mis en évidence le fait d'être peu suivie en doctrine et d'être peu articulée, ne prévoyant pas une pluralité d'indications (7).

Comme s'il n'aurait pas été mieux de préférer, au contraire, une solution d'application cohérente, basée sur le principe de non contradiction. Cet auteur déduit de l'art. 2058 du CC la règle que la victime a le droit à l'équivalent calculé au dernier moment parce qu'il aurait droit

---

(6) G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante come criterio generale di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, dans *Foro it.*, 1990, I, p. 2220 et suivantes.

(7) A. LUMINOSO, *Il momento da prendere a base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione*, dans *Resp. civile e prev.*, 1989, p. 1072, 1075, note 21, 1078.

jusqu'à ce moment à la réintégration spécifique. En particulier, le dommage contractuel devrait être évalué à la décision car il s'agirait, dans la majorité des cas, de biens qui seraient restés (ou il faudrait le présumer ainsi) dans le patrimoine de la victime jusqu'à ce moment.

Il existerait une exception uniquement pour la prestation manquée d'argent ou de biens de consommation instantanée, auquel cas le dommage serait estimé au jour de sa vérification <sup>(8)</sup>.

Le rejet de ce discours a été démontré ailleurs par l'auteur de ces lignes.

Il faut souligner que non seulement on suppose de manière arbitraire que les biens resteraient jusqu'à la décision dans le patrimoine de la victime mais, de plus, à la valeur de remplacement à neuf et de surcroît, sans coûts de conservation, sans charges financières et même en contraste avec la *perpetuo obligationis* <sup>(9)</sup>. Cela est absolument non conforme au *quod plerumque accidit*.

Il faut observer ici que la règle considérée ci-dessus ne se déduit pas de l'art. 2058 du CC car elle prévoit seulement le droit à l'indemnisation du dommage «à travers une réintégration spécifique», si c'est «possible» et elle ne résulte pas «excessivement lourde par rapport à celle par équivalent» <sup>(10)</sup>. Il s'agit d'une proposition absolument différente de celle qui voudrait attribuer le droit «à l'exécution spécifique» jusqu'à la décision, même après la demande de résiliation du contrat ou la résiliation *ipso iure*, en opposition avec l'art. 1453, alinéa 3, du CC.

Cet auteur a été jusqu'à énoncé qu'une estimation du dommage de résiliation, se référant à un moment antérieur à la décision, serait «injustement pénalisante pour la victime» parce que la résiliation ne fait pas disparaître l'inexécution. Il a été dit que, malgré la résiliation du contrat, «il conserve et il ne peut pas ne pas conserver son importance pour le passé et pour le futur» <sup>(11)</sup>.

Ce courant de pensée est absolument inacceptable.

(8) A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 1075 et suivantes

(9) G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit., dans *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 44 et suivantes

(10) TRABUCCHI-CIAN, *Commentario breve al codice civile*, sous l'art. 2058 du CC, p. 1435.

(11) A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 1085.

Il n'est pas dit que l'exécution réussisse toujours à se faire dans les temps et dans l'intérêt du créancier et il reste ainsi obligé à la contreprestation au-delà d'un délai raisonnable. Si l'exécution dure trop longtemps, avec les inconnues subjectives ou objectives qui en découlent, même si la valeur économique de la prestation attendue peut représenter abstraitement un avantage, le créancier pourrait préférer la solution de se libérer de sa propre obligation, en récusant celle d'autrui et en prétendant l'indemnisation du dommage.

Le système laisse le créancier libre de pourvoir à ses intérêts, selon ce qui lui convient le mieux. Que l'ordre juridique peut-il faire d'autre devant l'inexécution du débiteur sinon offrir au créancier le remède de suspendre sa propre prestation (*exceptio inadimpleti non est adimplendum*) et de lui assurer la possibilité de choisir la liberté des engagements pris et l'indemnisation du dommage comme alternative à l'action d'exécution, avec les charges et le risque y afférents ?

Par conséquent, la conclusion de prendre comme jour de référence pour l'estimation du dommage, le jour de sa vérification, semble être l'unique solution acceptable et cohérente avec ce que prescrivent, l'art. 1223 du CC en matière d'indemnisation des conséquences directes et immédiates, l'art. 1225 du CC en matière de prévisibilité et l'art. 1227, alinéa 2, du CC en matière d'évitement du dommage<sup>(12)</sup>.

Ce critère semble être également, le seul imaginable, à propos de la conception patrimoniale du dommage, selon la *Differenztheorie*, considérant aussi que le dommage peut consister dans la jouissance perdue de la valeur d'utilisation du bien et non nécessairement dans la perte ou dans le gain perdu de sa valeur d'échange.

3. – Passons maintenant à l'autre partie de la décision qui, après avoir correctement distingué le dommage pour fait illicite ou d'inexécution (qu'il faut estimer au jour de sa vérification) du dommage successif de retard, réévalue ensuite le premier «pour l'actualiser à la décision».

---

(12) G. VALCAVI, *Evitabilità del maggior danno art. 1227, alinea 2 du CC, e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, dans *Foro it.*, 1984, p. 2820 ; Id., *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento colposa contrattuale*, dans *Foro it.*, 1990 I, p. 1946 et suivantes.

Et à celui-ci, elle ajoute les intérêts légaux comme indemnisation du dommage de retard.

Cette conclusion profondément contradictoire et inadéquate a été justifiée dans le passé par la nature différente des créances en valeur (auxquelles appartiendrait le dommage), par rapport à celles en devise.

La légitimité de cette catégorie a été opposée sur le plan conceptuel par l'auteur de ces lignes et, la Cour Suprême montrant en être informée, non seulement n'en prend pas ouvertement la défense, mais elle démontre prendre ces critiques en considération, là où elle affirme «personne ne veut en nier l'origine empirique et casuistique».

Elle tire, en effet, son origine de l'époque de l'hyperinflation allemande de l'après-guerre (1<sup>ère</sup> guerre mondiale) pour remédier à l'inadéquation de l'intérêt légal devant la fuite du mark en fixant la valeur de la prestation non pécuniaire par rapport aux justifications théoriques «de la conservation de la base de la prestation contractuelle», ou «de la supposition», ou «de la bonne foi» et en définitive, en affirmant que l'indemnisation est «soustraite au principe de la valeur nominale»<sup>(13)</sup>.

Il est, toutefois, établi que la fragilité extrême de cette distinction et la tentative de lui donner une dignité théorique, s'est rapidement manifestée avec la tendance d'étendre la réévaluation aux créances pécuniaires de caractère hypothécaire<sup>(14)</sup> et elle a, ensuite, été dépassée avec la phase de stabilisation économique.

Aujourd'hui, dans un autre pays touché par l'hyperinflation comme le Brésil, l'indexation concerne aussi bien la prestation pécuniaire que la contreprestation non pécuniaire, ne faisant, ainsi, pas de distinction entre les deux<sup>(15)</sup>.

L'explication de la notion de «dette de valeur» présentée par son plus célèbre partisan et par les autres, se résout dans une série de pétitions apodictiques de principe.

(13) Pour les références bibliographiques sur les justifications théoriques dans la doctrine allemande de l'après-guerre (respectivement Oertmann, Rabel, Kruckmann, Nipperdey, Geiler, Walsmann et autres) voir G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milan, 1924, p. 147 et suivantes. Dans la jurisprudence: Cour Suprême du Reich, 21 septembre 1920, dans C.L. HOLTFRERICH, *L'inflazione tedesca, 1914-1923*, Bari, p. 301 et suivantes.

(14) Cour Suprême du Reich, 28 novembre 1923, dans C.L. HOLTFRERICH, *op. ult. cit.*, p. 318.

(15) Les transactions différées dans le temps, d'argent ou de marchandises, sont indexées aux obligations du Trésor national.

Cela ne semble, du reste, pas défini en termes positifs, mais seulement à travers le recours à des critères « purement négatifs » comme ceux traitant de dette « non soumise au principe de la valeur nominale de la monnaie »<sup>(16)</sup>, ou qui « n'est pas prédéterminée quantitativement et qui est donc non liquide »<sup>(17)</sup>, ou qu' « elle devient évidente en particulier dans le cas d'une augmentation du pouvoir d'achat de la monnaie au lieu de sa baisse »<sup>(18)</sup>, ou, enfin, s'il s'agit d'une dette de « valeur abstraite », ou « de pouvoir d'achat de la monnaie »<sup>(19)</sup>.

Il faut observer, qu'en général, on ne reconnaît pas le caractère de dette de valeur au critère relatif à la contreprestation non pécuniaire là où sa valeur a été négociée en valeur étrangère (aujourd'hui objet des dispositions de libéralisation monétaire) et qui présente en soi un caractère pécuniaire évident. De la même manière, l'extension généralisée de la réévaluation d'un phénomène d'hyperinflation à une quelconque variation inflationniste ne paraît pas justifiable comme c'est le cas de la fuite de la monnaie et du caractère opposé de la propension à conserver les avoirs sous forme liquide, malgré la baisse de la valeur d'achat comme cela s'est produit durant des périodes proches de nous (stagflation, slumpflation) (20).

Le domaine où le concept de dette de valeur montre son inadéquation absolue est celui de l'obligation d'indemnisation d'un dommage pour fait illicite ou d'inexécution qui a pour objet une somme d'argent.

Les obligations restitutoires d'argent, en cas de résiliation contractuelle, sont communément considérées comme « dette en monnaie » lorsqu'elles concernent la partie non fautive et de dette « de valeur » lorsqu'elles concernent la partie défaillante<sup>(21)</sup>.

Sont considérées comme dettes en monnaie celles qui sont les conséquences de décisions

---

(16) T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, Bologna, 1963, p. 443, 448.

(17) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 472.

(18) T. ASCARELLI, *op. cit.*, page 445.

(19) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 457 et suivantes.

(20) Parmi tant d'autres, DON PATINKIN, *Moneta, interessi e prezzi*, Padoue, 1977, p. 17, 26 et suivantes, p. 45 et suivantes, p. 253 et suivantes, et parmi tant d'autres G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, dans *Foro it.* 1980, I, p. 118 et suivantes; Id., *La stima del danno sul tempo con riguardo alla inflazione. alla variazione dei prezzi e all'interesse di mercato*, dans la *Riv. dir. civ.* 1981, II, p. 332 et suivantes

(21) Cass. civ., 12 juin 1987, n° 5143; Id., 26 février 1986, n° 1203, dans la *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 264, 265.

de nullité, d'annulation, de révocation ou de réduction de prix <sup>(22)</sup>. Il est bien connu que la dette de l'assureur envers l'assuré est considérée comme une dette de valeur et non comme une dette en monnaie ou en devise <sup>(23)</sup>, alors que la dette dans la responsabilité civile est considérée, au contraire, comme une dette en monnaie, en devise <sup>(24)</sup>.

La créance de l'assureur envers le responsable du dommage est considérée comme une créance en valeur <sup>(25)</sup>, alors que celle que l'on fait, en revanche, valoir contre l'assuré pour les sommes payées aux tiers, serait une créance en monnaie, en devise <sup>(26)</sup> et ainsi de suite.

On n'arrive pas saisir ici le motif de la différente classification dogmatique et du traitement différent de ces hypothèses. La qualification du dommage comme dette de valeur, selon le principe qui devrait se distinguer ici entre *mensura* et *mensuratum* <sup>(27)</sup> et qui est également adopté par la décision, ne semble pas non plus satisfaisante parce qu'elle devrait démontrer le bien-fondé de ce principe étant donné que dans un système basé sur le principe de la valeur nominale, *mensura* et *mensuratum* coïncident.

D'un certain point de vue, la distinction entre *aestimatio* et *taxatio* n'est pas acceptable car la première concerne le dommage et la seconde se réfère plutôt à son indemnisation, c'est-à-dire à deux phénomènes différents.

Enfin, les différentes hypothèses examinées par la doctrine, ne semblent pas justifier la construction d'une catégorie dogmatique unique des dettes de valeur parce que notre ordre ne prévoit la réévaluation monétaire pour certaines d'entre elles, mais fixe plutôt un jour pour l'estimation du bien <sup>(28)</sup>.

(22) Cass. civ., 12 novembre 1986, n° 6636, dans *Giur. it.*, 1987, I, p. 1, 1852 et suivantes; Id., 6 février 1989, n° 724, *ici*, 1989, I, p. 1, 1723.

(23) Cass. civ., 4 juin 1987, n° 4883, dans *Foro it.*, 1988, I, p. 503.

(24) Cass. civ., Ass. plén., 29 juillet 1983, numéros 5218, 5229, 5220, dans la *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 264, 265 ; Cass. civ., 5 juillet 1985, n° 4064, dans *Foro it.*, 1985, I, p. 2588.

(25) Cass. civ., Ass. plén. 13 mars 1987, n° 2639, dans la *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 264, 265.

(26) Cass. civ., Ass. plén. 13 mars 1987, n° 2639, dans *Foro it.*, 1987, I, p. 3262 ; . *Cass. civ.*, 22 février 1988, dans *Giur. it.*, 1988, I, p. 1, 1440 et *ici*, 1989, I, p. 1, 526.

(27) T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cité, p. 450 et suivantes, p. 468 et suivantes.

(28) Ainsi le jour de l'ouverture de la succession dans l'hypothèse de l'art. 747 du CC, et de celui d'aujourd'hui de l'art. 948 du CC ; le jour de la dépense et de l'amélioration de l'art. 936 du CC, celui de la restitution des cheptels morts dans l'hypothèse de l'art. 1640, des cheptels vivants de l'art. 1641, ainsi que dans l'hypothèse de l'art. 2163 du CC, celui du début du partage ou de la division de l'art. 2181 du CC et ainsi de suite.

4. – Examinons, maintenant, les motifs adoptés par la Cour Suprême – d'un point de vue empirique et casuistique – pour justifier la réévaluation du dommage pour fait illicite et d'inexécution, alors que l'intérêt légal serait appelé à indemniser le dommage de retard. La décision a écrit à ce propos que «la réévaluation est destinée à rétablir la situation patrimoniale d'un particulier, en le mettant dans les conditions où il se serait trouvé si l'événement ne s'était pas vérifié» et en définitive «il remplit la fonction technique de déterminer exactement l'objet de la prestation inexécutée», ou encore mieux, «de l'actualiser au jour de la décision». À la différence de celui-ci, elle attribue, au contraire, à l'intérêt légal la fonction de couvrir la déséconomie de la victime, causée par le retard, c'est-à-dire «par la perte de l'*utilitas* que le créancier aurait obtenu de la somme due à l'origine».

Dans ces propositions se cache, cependant, l'erreur de fond de ne pas se rendre compte que les deux remèdes sont appelés en définitive à indemniser le même préjudice qui provient du retard. En effet, une fois que l'indemnisation ponctuelle a été correctement fixée, au jour de la vérification du dommage <sup>(29)</sup>, la réévaluation qui suit et l'intérêt tendent substantiellement à éliminer la déséconomie postérieure causée par le retard avec lequel l'indemnisation de base est acquittée. À ce propos, ce cumul ne peut que paraître erroné, parce que la fonction d'actualiser la plus petite valeur d'une prestation différée dans le temps, est en général justement attribuée à l'intérêt monétaire, et cela est reconnu en particulier par cette décision <sup>(30)</sup> lorsqu'elle qualifie les intérêts de compensatoires ce qui ne signifie rien d'autre que de leur attribuer la fonction d'actualiser l'équivalent dû.

Pour s'en rendre compte, il faut prendre comme point de référence le *quod interest* selon le *quod plerumque accidit* qui constitue la règle de base.

En général, il ne semble pas que l'on puisse supposer que la victime aurait, d'un côté, acquis ou conservé dans son patrimoine

---

(29) Cette règle est extraite de l'introduction de l'art. 1219, alinéa 2, n° 1, du CC qui a renversé le vieil aphorisme *in illiquidis non fit mora* qui remontait à l'ancien passage de Venuleio.

(30) FISHER, *Opere*, Turin, 1974, p. 814, 833; WICKSELL, *Opere*, Turin, 1977, p. 377 ; dans ce sens même si de façon approximative, KEYNES, *Opere*, Turin, 1975, p. 253 ; sur notre thème G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cité, dans *Foro it.*, 1981, p. 2117.

le bien non acquitté ou retiré pour ainsi pouvoir justifier l'actualisation de sa valeur et, d'un autre côté, dire qu'il aurait également pu disposer de l'équivalent pécuniaire pour jouir de sa rentabilité pendant le retard et à cause de ce dernier. Ce cumul de l'actualisation de la valeur du bien non acquitté ou retiré et de l'équivalent pécuniaire dans lequel il se concrétise est loin de ce qui aurait eu lieu d'ordinaire et s'oppose à la distinction des deux dommages différents en les confondant l'un avec l'autre.

Sous un autre angle, la réévaluation ne paraît pas acceptable parce qu'elle contredit le postulat selon lequel le dommage doit être estimé au moment de sa vérification. En fait, le critère proposé se résout même indirectement en estimant le dommage «à la décision», au lieu de l'estimer au moment de sa vérification, que ce soit même à travers le changement du niveau des prix c'est-à-dire de la valeur actuelle de la monnaie.

En définitive, cela équivaut à estimer le dommage par rapport au *tempus rei judicandae*. L'estimation du dommage au moment de sa vérification finit, en effet, par revêtir une importance simplement historique, alors que cette dernière, qui est une véritable estimation, serait constituée par la valeur réévaluée à la décision. Ce que l'on ne réussirait pas à comprendre, selon cette façon de voir, est la portée et le rôle de l'intérêt.

D'autre part, le recours à la seule réévaluation ne semble absolument pas praticable, parce que sa hauteur est variable et aujourd'hui elle est considérablement au dessous de la rentabilité normale de l'argent qui représente le *quod interest* selon le *quod plerumque accidit*<sup>(31)</sup>. Toutefois, dans un autre sens, le recours au seul intérêt légal de 5 %, ne pouvait et ne peut pas paraître adapté pour couvrir le dommage de retard, par rapport à la rentabilité normale de l'argent, pour actualiser l'indemnisation du dommage pour fait illicite ou d'inexécution.

Pour remédier à cette inadaptation, on a appliqué, en son temps, l'indemnisation du dommage supplémentaire prévue par l'art. 1224, alinéa 2 du CC, à condition, justement, qu'il coïncide toujours avec la rentabilité normale de l'argent, et par retard on entend mise en demeure, comme il sera dit plus loin.

---

(31) Pour une confrontation sur ce thème, G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante, come criterio generale di risarcimento del danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, dans *Foro it.*, 1990, I, p. 2220.

La modification prévue récemment par l'art. 1284 du CC qui augmente le taux légal de 5 à 10 %<sup>(32)</sup>, rend encore plus évidente la plausibilité des critiques mentionnées ci-dessus et la solution proposée, à moins de ne pas vouloir procurer à la victime, un gain exagéré au lieu de la simple indemnisation en cumulant la réévaluation et l'intérêt de 10 %, sans parler de son éventuel calcul sur le capital réévalué.

L'autre raison qui est à la base de la réévaluation de la Cour Suprême, à savoir qu'elle serait justifiée par l'équité, n'est pas plus acceptable. Il s'agit ici de la même justification opposée par Ascarelli<sup>(33)</sup> et, sous certains aspects, voisine de la bonne foi proposée à l'époque par Nipperdey<sup>(34)</sup>.

Le rappel à l'équité apparaît non seulement trop général, mais également en contraste avec le traitement normal réservé au créancier d'argent ordinaire, qui ne s'éloigne pas de celui qui attend l'exécution d'une obligation non liquide.

Il s'agit ici de la décision récente de l'Assemblée plénière<sup>(35)</sup> qui exclut pour les obligations pécuniaires, le cumul indiqué ci-dessus car c'est une source de gain et non pas de simple indemnité.

Enfin, l'autre raison avancée par la Cour Suprême dans cette décision n'est pas acceptable, à savoir qu'il s'agirait d'une méthode qui aurait l'avantage d'être simple et pratique. En effet, même si l'on ne pense pas aux conséquences qui pourraient dériver de l'augmentation de l'intérêt légal à 10 %, cette méthode apparaît aujourd'hui trop alambiquée et confuse, comme le démontre le passage de la décision qui prescrit le calcul de l'intérêt sur le capital réévalué progressivement, c'est à dire périodiquement.

Cette dernière proposition de la Cour Suprême équivaut à nier à la créance la qualité de créance en valeur et à la qualifier plutôt comme une créance pécuniaire indexée, ce qui, de la même manière, n'est pas justifié par les exclusions du retard.

Il faut rappeler ici la différence entre créance en valeur et créance indexée

---

(32) Art. 1 des modifications du code de procédure civile devenu récemment une loi.

(33) ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cité, p. 442.

(34) NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, 1920, p. 140 et suivantes, ainsi que dans *DIZ*, 1922, p. 659.

(35) Cass., Ass. Plén., 1<sup>er</sup> décembre 1989, n° 5299, dans *Foro it.*, 1990, I, p. 427.

soulignée, à l'époque, par Ascarelli <sup>(36)</sup>, allant à l'encontre de l'avis de Nussbaum <sup>(37)</sup>.

Cette indexation de l'indemnisation ne peut, toutefois, pas être accueillie car elle n'est prévue par aucune disposition légale et à, plus forte raison, par aucune source contractuelle.

C'est en ce sens que la conclusion paraît arbitraire.

5. – Analysons maintenant l'indemnisation de la déséconomie de la victime causée par le retard. Elle est correctement déterminée par la jouissance perdue de l'*utilitas* que le créancier aurait pu bénéficier pendant la période du retard de l'équivalent pécuniaire, s'il avait été exécuté dans les délais. Cette proposition – avec laquelle nous sommes d'accord – démontre, à l'évidence, que la fonction de réparation est propre aux intérêts monétaires et non à la réévaluation monétaire, qui résulte même superflu.

Là où, cependant, nous sommes en désaccord avec la décision en examen, est pour le point où elle relie le préjudice indemnisable au simple retard et non à la mise en demeure et qualifie ainsi les intérêts de compensatoires et non de moratoires. Les cas où l'on peut supposer un retard non lié à la mise en demeure, sont absolument marginaux <sup>(38)</sup>, et le dommage est indemnisable seulement s'il dérive d'un retard coupable et qualifié, comme justement la mise en demeure. Le début du retard dans la prestation de l'indemnisation, coïncide avec l'émergence de la mise en demeure, dans le dommage pour fait illicite ou d'inexécution des obligations *portables*, art. 1219, alinéa 2, n° 1 et 3 du CC, alors que dans celles *querables*, il prend effet à partir de la sommation de l'art. 1219, alinéa 1<sup>er</sup>, du CC qui est remise à la simple volonté du créancier. L'indemnisation du dommage de retard s'identifie, en dernière analyse, avec la mise en demeure.

La Cour Suprême reconnaît dans cette décision que l'ajout des intérêts dits compensatoires n'est prévu par aucune règle et que leur justification peut s'identifier uniquement dans le concept d'équité. Le rappel à l'équité se situe, ainsi, aussi bien à la base de la réévaluation que des intérêts dits compensatoires. Cela semble être d'un côté trop générale et de l'autre trop excessif.

---

(36) T. ASCARELLI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cité, p. 474 et suivantes.

(37) NUSSBAUM, *Money dans the law*, Chicago, 1939, p. 180 et suivantes

(38) BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milan, 1975, p. 229 et suivantes.

Il faut souligner, à ce sujet, que les créances non liquides n'admettent pas d'autres types d'intérêts que ceux moratoires <sup>(39)</sup>. Au contraire, les intérêts compensatoires appartiennent aux seules créances liquides non exigibles, de l'art. 1499 du CC et ceux équivalents, aux seules créances liquides exigibles de l'art. 1282 du CC. Nous avons mentionné ci-dessus que l'intérêt légal de 5% est absolument inadapté pour l'indemnisation du dommage de retard, selon les critères de normalité. L'intérêt légal pêche, en effet, par défaut par rapport à la normale *utilitas* que le créancier aurait obtenu avec l'équivalent, exprimé en monnaie nationale, pendant le retard monétaire. L'inadaptation devient évidente lorsque la victime demeure à l'étranger, pour qui il faut reconnaître soit l'éventuelle différence du taux de change, soit la rentabilité normale de la monnaie, dans laquelle il aurait fait le change.

La possibilité d'obtenir l'indemnisation du dommage supplémentaire de retard n'est envisageable qu'en recourant à l'article 1224, alinéa 2, du CC. Le Collège Suprême exclut ici l'application de l'art. 1224, alinéa 2, du CC parce qu'elle ne serait pas prévue à l'art. 2056 du CC. Cette remarque ne semble, toutefois, pas fondée car l'art. 2056 du CC ne contient même pas le rappel au 1er alinéa de l'art. 1224 du CC, qui est, en revanche, utilisé par la décision en examen.

Le dommage supplémentaire de l'art. 1224, alinéa 2 du CC, après augmentation de l'intérêt légal à 10 %, peut être défini dans l'écart éventuel entre ce dernier et intérêt courant, pour sa nature variable et, en particulier, dans l'écart éventuel entre l'intérêt légal et les intérêts sur prêts bancaires pour qui y recourt. De la même manière, si la victime demeure à l'étranger, il faudra tenir compte soit de l'éventuel différentiel de change pendant la mise en demeure, soit de la rentabilité normale de la monnaie dans laquelle il aurait fait le change.

En dernière analyse, tout cela correspond globalement au *quod interest* selon le *quod plerumque accidit*.

6. – Examinons, enfin, à quels résultats conduit l'addition du taux de réévaluation annuelle et de l'intérêt légal par rapport à la rentabilité normale de l'argent. Cette somme a été calculée par celui qui écrit à 22,58 % pour la période 1979-1983, par rapport à la rentabilité normale de l'argent qui est à

-----

(39) G. VALCAVI, *L'indennizzo del mero lucro cessante*, cité, dans *Foro it.*, 1990, I, p. 2220 et suivantes.

17,09 % et avec des pourcentages différents pour les périodes suivantes. Le calcul de l'intérêt sur le capital réévalué conduit à un pourcentage de 26,93 % pour la période de 1979-1983, par rapport aux 17,09 % de la rentabilité normale considérée pour la même période et en pourcentages différents et divergents pour les périodes suivantes.

Cette décision se préoccupe de modérer cet excès évident, là où elle propose le calcul de l'intérêt légal sur un capital «réévalué petit à petit».

À ce sujet, la Cour Suprême écrit que les intérêts légaux doivent être rapportés à la valeur du bien au moment de la vérification du dommage «en tenant compte des éventuels changements successifs du pouvoir d'achat de la monnaie jusqu'au moment de la décision».

Le calcul adopté par la Cour Suprême est toutefois supérieur à la somme elle-même de la réévaluation et de l'intérêt légal.

L'augmentation de l'intérêt légal de 5 à 10 % excède les résultats de ces méthodes et montre en définitive combien elles sont erronées et inacceptables. C'est à peine utile de considérer ici que l'addition de la dévaluation en cours calculée en moyenne à 6,5% et de l'intérêt légal, conduira à une indemnisation égale à 16,5 % par rapport à la rentabilité normale de l'argent qui est de 12,58% et que le calcul de l'intérêt légal sur un capital réévalué est destiné à procurer un gain encore plus important.

Tout cela est, en outre, considéré au net des impôts. Pour conclure, l'unique critère acceptable, pour celui qui écrit, est celui de considérer le créancier qui attend l'exécution d'une somme liquidative, de la même manière que pour le créancier pécuniaire, et de calculer l'indemnisation pour le retard sur la base du normal *quod interest* de l'art. 1224, alinéas 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup> du CC qui représente l'unique référence encore certaine.

Enfin, cela correspond à l'orientation générale du législateur moderne qui est contraire à l'échelle mobile et aux indexations.

***Autre écrit de l'auteur sur le même sujet :***

- «*In materia di criteri di liquidazione del danno in genere ed interessi monetari*», dans Foro Italiano 1990, I, 933 et dans L'Espressione monetaria nella responsabilità civile, Cedam 1994, p. 269.